

# EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN A LA LUZ DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

2

## Presentación

La legislación en sus diferentes manifestaciones en materia de compras públicas posee importancia capital en el ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, resulta más importante la interpretación que de ella efectúan los jueces en sus providencias, dada la mutación que en el sistema han tenido las fuentes del derecho, según lo enuncia el artículo 230 constitucional.

En consistencia con la idea expuesta anteriormente, en este capítulo se presenta en un primer momento la visión que ha tenido el Consejo de Estado, especialmente la Sección Tercera, respecto al concepto, alcance y entendimiento del principio de planeación, a pesar de su inexistencia normativa en el Estatuto Contractual. Posteriormente, se presentará la visión que ha tenido el Consejo de Estado respecto del principio de planeación y cómo a través de su entendimiento jurisprudencial ha extendido el acatamiento del mismo, ya no únicamente respecto al Estado, sino y no menos importante, en algunas ocasiones, respecto de los proponentes y luego contratista, con lo cual ha modificado su entendimiento y exigibilidad, otorgándole una doble dimensión a aquel principio.

Finalmente y sin pretender realizar un estudio profundo, se hacen algunas anotaciones acerca de la posibilidad de declarar la nulidad del negocio jurídico estatal cuando en el giro de un contrato estatal, no se cumpla el principio de planeación, lo cual requiere de un particular tratamiento, dado el riesgo y la falta de determinación legal en cuanto a la causa de tal declaratoria, esto de la mano de la presentación de las consecuencias propias de la declaratoria de nulidad de los negocios jurídicos, establecidas en las normas sustanciales que regulan los contratos estatales, es decir, por una parte las normas civiles y comerciales y por otra, las que fija de forma puntual el EGCAP.

### **El principio de planeación y su entendimiento por parte del juez contencioso administrativo**

Respecto a la interpretación judicial que ha realizado el Consejo de Estado del principio de planeación, se considera que la misma ha resultado ser de vital importancia para analizar este parámetro de conducta, pese a que como ya se sostuvo anteriormente en este estudio, aquel no posee un parámetro legal que lo adopte.

Para la Sección Tercera del Consejo de Estado el principio de planeación es un parámetro de obligatorio acatamiento por parte de las entidades públicas que busquen la adquisición de bienes, servicios y obras, dados los intereses involucrados en el ejercicio de la actividad contractual.

Partiendo de aquella premisa, a continuación se presentarán algunos casos respecto a la concepción que ha tenido el Consejo de Estado, sobre el principio de planeación en sede aplicativa, para lo cual se adoptará una metodología especial, relacionada con presentar por un lado los elementos fácticos del caso, para posteriormente enunciar la razón de la decisión adoptada por aquella Corporación.

**Tabla 1.** Exposición de casos: el principio de planeación  
y su entendimiento por parte del Consejo de Estado

<p><b>Fundamentos fácticos</b></p>	<p><b>Caso A.</b></p> <p>La sociedad Big Company Services Ltda. era una persona jurídica constituida con el objeto de proveer alimentos a entidades públicas y privadas. En compañía de otras organizaciones creó y propuso al Ministerio de Justicia una serie de servicios integrales, denominados Plan Nacer, cuyos fines eran, entre otros, suplir las necesidades alimenticias, suministrar trabajo y capacitar a los internos de las cárceles del país.</p> <p>El Ministerio de Justicia abrió entonces una licitación pública con el objeto de contratar el suministro de desayunos, almuerzos y comidas a la población carcelaria colombiana. La sociedad Big Company Services Ltda. presentó propuesta, que luego de ser evaluada de acuerdo con los criterios del pliego de condiciones respectivo, resultó ser la mejor.</p> <p>El 3 de agosto de 1993 por medio de la Resolución 1915, el ministro de Justicia “en ejercicio de sus facultades legales y en especial las que confiere el artículo 42 del Decreto 222 de 1983”, resolvió declarar desiertas algunas licitaciones públicas. Al efecto invocó lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 42 del Decreto 222 de 1983, pero no explicó, ni motivó la inconveniencia que adujo. Por lo anterior, no se le adjudicó ni se procedió a suscribir el contrato estatal respectivo con la empresa Big Company Services Ltda.</p> <p>La sociedad comercial en cuestión demandó al Ministerio de Justicia a fin de que se le indemnizara a título de lucro cesante y daño emergente, por la decisión adoptada por la entidad estatal.</p>
<p><b>Razón de la decisión</b></p>	<p>Argumentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. “La administración no está facultada para declarar desierta una licitación cuando las razones que invoca están por fuera de la ley, lo cual también permite afirmar que a las entidades públicas contratantes no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista”<sup>41</sup>.</li> </ol>

Continúa

41 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 1993-09448 de 2010 C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

<b>Razón de la decisión</b>	<p>2. En cumplimiento del principio de planeación la entidad debió evaluar y definir la inclusión en el pliego de la exigencia que, tardíamente, invocó el director de prisiones, a cuyo efecto debió adelantar los estudios de conveniencia, pertinencia y oportunidad correspondientes antes de disponer, siquiera, la apertura del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, y no después como lo hizo en el caso que se examina.</p> <p>3. Para que un proceso de selección sea declarado desierto debe responder cuando se acude a la causal de inconveniencia a los siguientes postulados: (i) el acto administrativo que se fundamenta en la causal de inconveniencia que se estudia debe motivarse, esto es, explicar las razones de inconveniencia de las propuestas; y (ii) la administración no puede “adoptar decisiones arbitrarias o infundadas”, siempre deben existir elementos de juicio suficientes para concluir que las razones de inconveniencia se presentaron y que la declaratoria de desierto de una licitación se ajusta a los fines del interés público y a los principios que orientan la función pública.</p>
<b>Corporación</b>	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
<b>Fuente</b>	Radicado No. 25000-23-31-000-1993-09448-0116432, 14 de abril de 2010.
<b>Fundamentos fácticos</b>	<p>Caso B.</p> <p>“La sociedad comercial RUMIE R.C. LTDA., suscribió con el Municipio de Ciénaga el 29 de diciembre de 1997 un contrato cuyo objeto lo constituyó la construcción del Teatro Municipal, en los términos y condiciones previstos en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 0001 de 1997”. Una vez perfeccionado el contrato, la entidad demandada “no realizó las apropiaciones y reservas presupuestales correspondientes para iniciar la ejecución; tampoco se pronunció sobre la aprobación de las pólizas constituidas por el contratista y no hizo el pago del anticipo al contratista”<sup>42</sup></p>

Continúa



42 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Expediente: 24.699. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

<b>Fundamentos fácticos</b>	La sociedad comercial acudiendo a los supuestos normativos demandó al municipio de Ciénaga (Magdalena) a fin de que se declarará el incumplimiento del contrato estatal y, por ende, se procediera a reconocer la indemnización plena de perjuicios por la actuación de la entidad estatal.
<b>Razón de la decisión</b>	Argumentos:  De la valoración del contrato aportado con la demanda sumada al indicio grave por la conducta procesal asumida en el curso de la primera instancia por el municipio demandado se puede concluir que los principios de buena fe, economía y planeación no fueron observados por la administración municipal de Ciénaga, sencillamente porque sin previsión alguna contrató la construcción del teatro municipal, omitiendo asegurarse previamente de contar con las partidas presupuestales necesarias para satisfacer la contraprestación propia de este tipo de negocios, no obstante lo cual, dio al contrato la apariencia de contar con la disponibilidad necesaria para cumplir con los compromisos derivados de su ejecución.
<b>Corporación</b>	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
<b>Fuente</b>	Radicado No. 47001-23-31-000-1999-00769-01(24699), 16 de agosto de 2012.
<b>Fundamentos fácticos</b>	<b>Caso C.</b>  Se celebró entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y la sociedad comercial Blaelma y Arkakay Ltda. y otros contratos de arrendamientos, cuyo objeto consistió en entregar por parte de la entidad estatal en calidad de arrendamiento locales comerciales ubicados en el Aeropuerto El Dorado, con plazo de cinco años que venció en el año 2000, por lo cual y como parte de las pretensiones se solicitó la renovación o prórroga automática de los correspondientes contratos, dado que por iniciativa de la entidad contratante se buscaba cambiar las condiciones contractuales iniciales a través de la suscripción de nuevos contratos.
<b>Razón de la decisión</b>	Argumentos:  1. La prórroga o renovación automática en materia de contratación estatal, a pesar de encontrarse y aplicarse por disposición de las normas civiles y comerciales a los negocios jurídicos, no tiene vocación de ser implementada en acuerdos de voluntades estatales.

<b>Razón de la decisión</b>	2. En contratación pública resulta improcedente el nacimiento del derecho a la renovación del contrato de arrendamiento de un local comercial, por cuanto esa prerrogativa del derecho comercial se opone a los principios de planeación de hacienda pública y de la gestión de los bienes y recursos del Estado y en su caso, a los principios propios del servicio público que se presta con determinados bienes.
<b>Corporación</b>	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón.
<b>Fuente</b>	Radicado No. 25000-23-26-000-2001-01477-01(29851), 29 de octubre de 2014.

De los anteriores casos presentados, resulta una conclusión precisa, la cual se concretiza en indicar que el eje transversal de los contratos estatales y sus diferentes dificultades en la selección del contratista o en la ejecución del negocio jurídico, responde a la aplicación irregular de aquella norma de conducta, estructural en el campo de los negocios jurídicos estatales.

En otros términos, los principios, entre los cuales se encuentra el de planeación, son soporte estructural del sistema, puesto que puntualizan los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, por lo cual se convierten en pautas hermenéuticas y de interpretación para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y por tal constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas<sup>43</sup>.

Así sostiene la Sección Tercera del Consejo de Estado:

El principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual

43 Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Referencia: Radicado No. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25410); 1100-10-326-000-2003-000-71 - (26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00 (28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31447) Acumulados. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad [...] *Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable* y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales<sup>44</sup> (cursiva por fuera del texto original).

En otra oportunidad puntualizó el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa:

El principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración. Para lograrlo, se debe velar igualmente por el cumplimiento del principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados. Finalmente, la efectividad del principio de igualdad “depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración [...]”<sup>45</sup>.

44 Sentencia del 1 de febrero de 2012. Referencia: Radicado No. 66001-23-31-000-1999-00435. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

45 Sentencia del 31 de enero de 2011. Referencia: 17767. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz.

De la interpretación judicial que ha realizado el Consejo de Estado, se colige que aquel juez natural del contrato estatal concibe a pesar de su falta de mención expresa, que el principio de planeación es la piedra angular del sistema de compras públicas y, en tal circunstancia, le imprime su obligatoriedad en los procesos contractuales que realiza el Estado, esto de la mano del principio de legalidad que debe imprimir todas las actuaciones del Estado, como máxima del Estado de derecho.

Así, resulta para el Consejo de Estado que la planeación se convierte en marco jurídico de la contratación pública cuando se asume como requisito legal para contratar y al mismo tiempo es el medio que posibilita que las obras, bienes y servicios se realicen desde el mandato del contrato como ley para contratantes y contratistas<sup>46</sup>.

Contrario a lo que se considera aquí, acepta que el énfasis de la planeación está en la etapa previa a la celebración, en los estudios previos, planos, diseños, proyecciones que permitan definir los términos de referencia de la contratación, la determinación técnica, económica, financiera, legal, política, social y ecológica del objeto del contrato, siendo necesario puntualizar que en criterio del autor del presente libro, el principio de planeación si bien es cierto se realiza en la etapa precontractual de los diferentes procesos de contratación<sup>47</sup>, ello no significa que solo en esta etapa sea importante, sino que por el contrario la aplicación del postulado de planeación debe incidir en toda la vida del negocio jurídico estatal.

En otras palabras, el principio de planeación se constituye en piedra angular no solo de la etapa precontractual, sino además y no menos importante, de las etapas

---

46 Además, la Corte afirmó que el principio de planeación está directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia. Por un lado, se asocia con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración, fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Sentencia 300 de 2012. Corte Constitucional, Sala Plena. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

47 "La planeación constituye una fase previa y preparatoria del contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado y permite políticamente su incorporación al presupuesto por cuanto la racionalidad de los recursos públicos implica que todo proyecto que pretenda emprender la Administración Pública debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto social que ésta tenga en la satisfacción de las necesidades públicas. Se trata de obtener una sólida justificación del gasto público con el objeto de lograr un manejo óptimo de los recursos financieros del Estado". Sentencia del 25 de febrero de 2009. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.



subsiguientes, es decir, de la selección del contratista, de la ejecución y desarrollo del contrato estatal y por qué no decirlo de la fase de liquidación del negocio jurídico<sup>48</sup>.

La aplicación irrestricta del principio de planeación implica que los contratos estatales se ejecuten de conformidad con lo que fueron planeados y de tal forma evitar reclamaciones desde el punto de vista judicial, como ha sucedido en múltiples casos.

Ahora bien, para el Consejo de Estado es claro que el principio de planeación, con las precisiones respecto de su consignación legal, es un supuesto de orden legal que debe ser aplicado por las entidades estatales en cualquier orden o nivel al cual pertenezca, constituyendo de forma tal, un supuesto de orden obligatorio al confeccionar los contratos de la administración.

Así las cosas, el principio de planeación resulta ser fundamento de los contratos estatales, no siendo por tal razón un elemento sin el cual pueda pensarse administrativa o judicialmente estos y lo cual implica su observancia por parte en un primer momento de la administración pública, pero también y no menos importante, por parte del proponente y luego contratista, tal y como se pasará a presentar más adelante.

### **El principio de planeación visto como un postulado de doble dimensión por parte del juez contencioso administrativo**

Para el Consejo de Estado el concepto, alcance y delimitación del principio de planeación resultan ser la piedra angular para la confección de los contratos estatales, lo cual implica necesariamente que el pensar el contrato como instrumento para el cumplimiento de los fines estatales inmersos en la contratación estatal, implica mucho más que pensar en contratar simplemente.

Tal postura se acompaña —en algunos casos— de una posición en donde se le otorga a aquella norma de conducta una doble dimensión, no respecto de su concepto, pero sí en cuanto a su alcance, pues dicha norma de conducta inicialmente

48 Esta posición también la comparte Luis Guillermo Dávila Vinuesa, al decir que: “Antes del conocimiento público de los procesos de selección, existe una fase preparatoria en la que interviene exclusivamente la Administración. La Ley 80 de 1993 confiere singular importancia a esta etapa pues entiende que las equivocaciones que se presentan incidirán negativamente durante la ejecución del contrato. De lo que se trata, entonces, es de realizar lo necesario para que una vez seleccionado el contratista y celebrado el contrato, pueda ejecutárselo de manera inmediata, evitando demoras por la ausencia de requisitos o condiciones necesarias para el cumplimiento de su objeto”. Luis Guillermo Dávila Vinuesa, *Régimen jurídico de la contratación estatal* (Bogotá: Legis, 2016), 195. Véase Expósito, *Forma y contenido*, 52 y ss.

exigible a las entidades estatales con todos los rigorismos que impone el ordenamiento jurídico contenido en el EGCAP y la jurisprudencia, también hoy por hoy, debe ser exigible –en algunos casos–, en principio a los proponentes y posteriormente a los contratistas del Estado, dado su conocimiento y experticia en la materia objeto de la contratación de la cual participan.

Respecto a esta posición a continuación se presenta un caso en el cual el Consejo de Estado asume esta posición:

Tabla 2. Exposición de casos: la doble dimensión del principio de planeación dada por el Consejo de Estado

<b>Fundamentos fácticos</b>	<p>El 20 de diciembre de 2001 se suscribió entre la sociedad Vías y Construcciones S. A. y Metrovivienda el contrato No. ST-060-01, cuyo objeto era “la construcción de la tercera etapa de las obras de urbanismo secundario para la ciudadela El Recreo y la Avenida Bosa, entre la Ciudadela El Recreo y la Avenida Tintal inclusive, localidad Bosa”.</p> <p>La empresa instauró demanda contractual en contra de la entidad estatal, teniendo como fundamento la ruptura del equilibrio económico del contrato a causa de la deficiente planeación de la entidad contratante, pues en el caso en concreto, algunas de las especificaciones y requerimientos técnicos establecidos por la entidad en la etapa de selección del contratista, resultaron de imposible cumplimiento en la fase de ejecución del negocio jurídico estatal, lo cual implicó que el contratista asumiera mayores costos al ajustar su actuar a las especificaciones y requerimientos técnicos.</p>
<b>Razón de la decisión</b>	<p>Argumentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. “Los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato”.</li> </ol>

Continúa →

<b>Razón de la decisión</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>2. En este contexto, no puede escudarse el contratista “tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en tal tipo de eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal”<sup>49</sup>.</li> <li>3. El gran inconveniente que suscitó la problemática radicó en que la sociedad actora no previó –habiendo, sin dificultad, podido y debido hacerlo– que las condiciones físicas, naturales o económicas que podrían determinar la adquisición de los materiales, ya en el momento de ejecución de las obras, eran susceptibles de variar, que las fuentes de extracción de materiales o de adquisición de los elementos posiblemente no estarían en condiciones de ofrecerlos durante todo el tiempo en el que se los necesitare y que, en consecuencia, se tornaba indispensable adelantar averiguaciones suficientes antes de preparar la oferta y prever alternativas que impidieran que pudiese dificultar o, peor aún, suspender la marcha de los trabajos, como infortunadamente acaeció.</li> <li>4. Los costos de esas averiguaciones y de la inclusión de las alternativas debieron verse reflejados en las ofertas –los pliegos de condiciones en el asunto, de hecho, expresamente invitaban a que así ocurriese– y pasar a integrar la ecuación financiera del contrato, pues en modo alguno pueden catalogarse como eventos o riesgos imprevisibles o ajenos a la actividad propia de las partes.</li> <li>5. La disponibilidad de los elementos requeridos para construir tramos de carretera, los sistemas de acueducto, la mutabilidad de las circunstancias geológicas en las canteras, entre otros, son asuntos que sin mayores problemas pueden y deben ser anticipados por los profesionales del ramo y la sociedad demandante, a no dudarlo, se presentó como experta en la ejecución de obras similares.</li> </ol>
<b>Corporación</b>	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C. P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico
<b>Fuente</b>	Radicado No. 25000-23-26-000-2003-01742-01(34454), 28 de enero de 2016.

.....  
49 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Referencia: Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471). C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En este contexto, el deber de planeación no solo debe ser puesto en práctica por las entidades estatales en su calidad de contratantes o en términos de la Agencia Nacional de Contratación Pública de Colombia Compra Eficiente<sup>50</sup> “compradores públicos” y, por ende, de responsables del manejo de los recursos públicos<sup>51</sup>, sino también por los propios contratistas, quienes en su papel de colaboradores de la administración<sup>52</sup> en la actividad contractual, deben obrar conforme con este principio, omisión que trae consecuencias bastante particulares.

Así lo sostiene el Consejo de Estado:

No debe olvidarse que a las voces del inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993 los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse.

Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos [...] <sup>53</sup>.

50 A través del Decreto Ley 4170 de 2011 el Gobierno nacional creó la agencia Colombia Compra Eficiente, la cual de acuerdo con el capítulo primero se concibió como una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación y cuyo principal objeto es desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a la organización y articulación de los participantes en los procesos de compras y contratación pública, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

51 Sentencia del 1 febrero de 2012. Referencia: Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

52 De conformidad con Colombia Compra Eficiente, los actores del mercado del sistema de compras públicas son los compradores públicos, las entidades estatales, los proveedores, los organismos de control, los jueces y Colombia Compra Eficiente, como principal del sistema. Los otros actores son los organismos multilaterales, las universidades, las organizaciones de la sociedad civil, los medios de comunicación, entre otros. Colombia Compra Eficiente, *Plan estratégico*, 2-10.

53 Sentencia del 24 de abril de 2013. Referencia: Radicado No. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Esta interpretación del máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa en la actualidad implica que el mismo también puede, en determinados casos, ser exigible a los colaboradores del Estado, aunque con matices se supone diferentes a los exigidos a las entidades estatales.

En otras palabras, el principio de planeación no solo, ha dicho el Consejo de Estado, mira hacia la administración, sino además y de forma especial a los proponentes y luego contratistas del Estado, quienes se encuentran en la obligación natural y lógica de planificar las acciones y gestiones necesarias para cumplir cabalmente sus prestaciones, informándose sobre las gestiones, proyectos e iniciativas que la administración esté promoviendo a efecto de proponer, si es del caso, ofertas de contratos capaces de responder a las expectativas de la administración, siendo lo más importante que aquellos actúen de buena fe y con pericia respecto de su actividad habitual<sup>54</sup>.

Dicha exigencia al colaborador de la administración, por lo que expresa el Consejo de Estado, comporta que este debe ser diligente, riguroso y serio a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, pues la oferta partiendo de la lógica de que responda a lo planeado por la entidad estatal, puede conducir entre otras muchas circunstancias, a la configuración de deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato o la ejecución tardía o defectuosa de la obra, bien o servicio o con mayores costos económicos, diferentes a los imprevistos y que deberían haber respondido a la planeación debida.

La anterior interpretación se cimienta en la idea válida de que el proponente y luego contratista es el que, por su actividad habitual y diaria, conoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se podrá garantizar la prestación del servicio, bien u obra que requiere determinada entidad estatal, en términos de calidad idónea y precio justo. Argumenta la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que en:

[...] la fase de planeación de la contratación –antes de la apertura de los procesos de selección– el responsable principal de la calidad y veracidad de la información es la entidad estatal, porque ella elabora, corrige, perfecciona y luego exhibe o publica,

54 Al respecto puede confrontarse la Sentencia del 21 de agosto de 2014. Referencia: Radicado No. 11001-03-15-000-2013-01919-00(AC). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

para lectura de los futuros oferentes, los datos de los cuales se servirán. En este horizonte, los documentos que elabora la entidad –bien con su personal o con personas contratadas para ese propósito– son: convocatorias o invitaciones públicas a participar, presupuesto de costos, estudios técnicos –suelos, hidráulicos, prediales, etc.–, análisis de oportunidad y conveniencia –que incluye un estudio especializado de riesgos–, diseños, planos, proyecto de pliego de condiciones y pliego definitivo de condiciones. Conforme a lo expresado, la armonía de la información que tiene cada documento –al interior de sí mismo–, y sobre todo en relación con los demás, es una exigencia de calidad imputable a la entidad, de ahí que se haga responsable de sus defectos, por lo menos como regla general. En esta instancia del procedimiento de selección, los particulares interesados en la futura contratación prácticamente no tienen injerencia en la producción de información, porque a la entidad le corresponde definir –con amplia discrecionalidad, técnica y jurídica– qué contrato desea celebrar, qué especificaciones técnicas exigirá –usualmente determinadas por la necesidad material y por la capacidad de pago– y en qué condiciones financieras se comprometerá con el adjudicatario. La idea expresada es directamente proporcional a la responsabilidad que surge por la existencia de fallas o defectos derivados de la calidad y precisión de la información, de manera que, como principio, quien elabora la información asume los yerros que contenga. De esta manera, por el dato incorrecto responde quien lo elabora –dato errado– y también por el dato contradictorio –dato incongruente en el mismo escrito o en distintos documentos–, sobre todo si pretende que los destinatarios de la información los admitan y elaboren nueva información con ellos: la oferta [...] *la premisa trazada no es absoluta ni infalible, aunque constituye la regla general, porque sucede –con alguna frecuencia– que la información, pese a que la elabora una parte del negocio, no vincula de manera necesaria, fatal e imprescindible a la parte interesada en el negocio, es decir, puede separarse, incluso en ocasiones tiene el deber de revisar, examinar, hasta corregir la información suministrada, porque posee mejores datos y conocimiento del negocio y su alcance. No obstante, la anterior excepción a la regla exige un análisis detallado de lo que sucede en la etapa precontractual que da origen al negocio, para establecer con certeza y justicia si la carga fuerte que radica en cabeza de quien elabora la información debe romperse y trasladarse a quien ofrece ejecutar el contrato. Incluso, la prudencia e imprudencia al actuar y la buena o mala fe inciden en la determinación de la responsabilidad que se insinúa en la etapa precontractual, o con ocasión del trato, o en la relación entretijada por las partes [del] negocio futuro*<sup>55</sup> (cursiva por fuera del texto original).

55 Al respecto puede confrontarse la Sentencia del 12 de agosto de 2014. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

Como se puede apreciar de la cita jurisprudencial y lo señalado en párrafos anteriores, para compartir con el contratista la responsabilidad que en principio le asiste a la administración pública, en su deber de elaborar estudios y documentos previos durante el proceso de contratación, es indispensable que se demuestre que dicho proponente favorecido al final del proceso de selección con la adjudicación del contrato estatal, actuó negligentemente o de mala fe, los cuales son supuestos que corresponde analizar en cada caso en concreto.

No obstante, tal atribución de responsabilidad a cargo del contratista del Estado, no tiene vocación de ser aplicada, pues resulta ser desproporcional a los intereses de este y del principio de legalidad que regulariza las relaciones estatales, tal como lo sostiene el Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos al señalar que la falta o indebida planeación en los procesos de contratación, es responsabilidad de las entidades que tienen a su cargo el cumplimiento de este parámetro medular de la actividad contractual.

De lo dicho hasta aquí, se puede apreciar que judicialmente el Consejo de Estado ha fijado unas pautas para otorgarle en algunos casos, un alcance jurídico al principio de planeación e igualmente establecer parámetros judiciales para la atribución de responsabilidad por el incumplimiento de aquel postulado superior en materia de compras públicas, lo que viene de transformar la dimensión inicial del principio en estudio.

Por otra parte, instituye criterios que, aunque válidos jurídicamente, no se comparten aquí, al determinar la posibilidad de que los colaboradores de la administración en materia de compras públicas eventualmente puedan ser responsables por infringir el principio de planeación, cuando en realidad y desde el punto de vista legal, tal comportamiento y actividad está en cabeza de las entidades estatales o compradores públicos.

En resumen respecto de este tópico, de concluirse judicialmente que el contratista en algunos casos, pudo conocer esa situación y advertir a la administración de la deficiencia existente en la planeación estatal (es decir, actuó con negligencia o de mala fe), tendría que hacerse responsable por lo sucedido en la ejecución contractual o en su defecto, compartir con la administración la responsabilidad de ello. Así, en términos del Consejo de Estado, la obligación de cumplir el principio de planeación comprende naturalmente la fase precontractual y tanto la administración como los interesados, grupo del que saldrá el contratista,

tienen que saber y conocer todos los detalles del contrato, en especial, las condiciones iniciales de ejecución<sup>56</sup>.

Finalmente y sin pretender realizar un estudio profundo de este tema, se realizarán algunas anotaciones respecto a la concepción que ha adoptado el Consejo de Estado al considerar que la validez del contrato estatal y su consecuente declaratoria de nulidad por vía judicial, pueden darse eventualmente por la ausencia o deficiencia de la planeación de los negocios estatales<sup>57</sup>.

### **El principio de planeación y su inobservancia como elemento constitutivo de la declaratoria de nulidad judicial del contrato estatal**

Respecto de esta temática el Consejo de Estado en posición que ha sido acogida en varios pronunciamientos y cuyo máximo defensor ha sido el consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa<sup>58</sup>, ha señalado que el principio de planeación establece pautas vertebrales en el devenir contractual, el cual busca garantizar la finalidad de aquel instrumento de gestión administrativa y sin el cual y según la aplicación de las normas establecidas en el EGCAP, al referirse a las causales de nulidad absoluta de los contratos y su interdependencia con las normas sustantivas de los contratos estatales, esto es, las normas civiles y comerciales, aquellos negocios jurídicos se encuentran revestidos eventualmente de nulidad absoluta<sup>59</sup>.

Tal posición parte del hecho de que el principio-deber de planeación es un auténtico marco jurídico en la confección de los contratos del Estado, el cual resulta ser de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades al confeccionar

56 Sentencia del 21 de agosto de 2014. Referencia: Radicado No. 11001-03-15-000-2013-01919-00(AC). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

57 En cuanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal por violación al principio de planeación puede consultarse: (i) Sentencia del 1 de diciembre de 2008. Referencia: Radicado No. 850012331000 0423 016 (15603). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dra. Miryam Guerrero de Escobar; (ii) Sentencia del 24 de abril de 2013. Referencia: Radicado No. 6800123-15-000-1998-01743-01(27315). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y (iii) Sentencia del 20 de octubre de 2014. Referencia: Radicado No. 66001233100019990043501 (24809). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

58 Respecto a esta posición véanse los ítems (ii) y (iii) del pie de página anterior.

59 Sentencia del 31 de enero de 2011. Referencia: exp. 17767. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz. Este fallo reconoció el carácter sancionatorio de la nulidad absoluta del contrato estatal. Las causales de nulidad absoluta del contrato son taxativas y de interpretación restrictiva. Frente a este tema, se puede consultar la Sentencia del 29 de agosto de 2007. Referencia: exp. 15324. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.



sus contratos estatales, constituyéndose aquel en una auténtica norma de orden público a la que se circunscribe en sede aplicativa el Estado.

Al respecto se presentan a continuación algunos casos en los cuales se ha acogido esta posición por el Consejo de Estado:

Tabla 3. Exposición de casos: la declaratoria judicial de nulidad de los contratos por falta o indebida planeación

<b>Fundamentos fácticos</b>	<p><b>Caso A.</b></p> <p>El 14 de diciembre de 1994, el señor Jairo Ospina Cano y el Área Metropolitana de Bucaramanga celebraron el contrato No. 0366-1 por medio del cual aquel se obligó a construir, por el sistema de precios unitarios, el puente peatonal de San Antonio de Carrizal. El demandante solicitó el declaratorio de nulidad de las resoluciones 220 del 30 de octubre de 1996 y 036 del 6 de marzo de 1997 mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato en cita.</p> <p>El contratista procedió a presentar demanda contenciosa administrativa y solicitó la nulidad del acto administrativo que liquidó el contrato. También exigió la declaratoria de que el contrato se encontraba vigente (pues no fue terminado legalmente) y que se declarara que el demandado incumplió el contrato porque no suministró los predios en los que se iba a ejecutar la obra, porque realizó la liquidación unilateral de manera indebida y porque no canceló los trabajos ejecutados por el contratista.</p>
<b>Razón de la decisión</b>	<p>Argumentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cuando por ejemplo una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un lapso de tiempo muy corto (por caso 60 días) “y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición [...], es obvio que en ese contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse [...]”<sup>60</sup>.</li> </ol>

Continúa →

60 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 2007-00355. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<b>Razón de la decisión</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>2. En este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito, porque se están contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.</li> <li>3. En el asunto que se revisa está plenamente demostrado que en el contrato se violó el deber de planeación, toda vez que él se celebró sin haber adquirido los predios sobre los cuales se construiría el puente peatonal, ni haber adelantado las diligencias necesarias para ello, a pesar de que se pactó como plazo de ejecución de la obra un lapso de tiempo muy breve (sesenta días) que las partes convinieron, lo que desde ese momento ya indicaba, como efectivamente ocurrió, que la obra contratada no podría ejecutarse en esas circunstancias y en ese plazo.</li> <li>4. En efecto, el plenario da cuenta de que más de dos años después de haber sido celebrado el contrato, los terrenos no habían sido adquiridos en su totalidad, tal como se deduce de la comunicación del contratista del 4 de febrero de 1996 y de que la obra finalmente no se construyó.</li> <li>5. La violación del deber de planeación determina aquí la nulidad absoluta del contrato, ya que se infringieron los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; los numerales 6, 7 y 11-14 del artículo 25; el numeral 3 del artículo 26, los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y el artículo 2 del Decreto 1 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el propósito de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.</li> </ol>
<b>Corporación</b>	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
<b>Fuente</b>	Radicado No. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315), 24 de abril de 2013.

<b>Fundamentos fácticos</b>	<p><b>Caso B.</b></p> <p>El 27 de junio de 1994 la sociedad comercial Conconcreto S. A. y el Instituto Nacional de Vías celebraron el contrato No. 352 en virtud del cual aquel se obligó a ejecutar para este, por el sistema de precios unitarios, la construcción de la solución vial Pereira-Dosquebradas, Grupo III. La sociedad comercial Conconcreto S. A. a través del mecanismo judicial solicitó la declaratoria de incumplimiento a cargo de la entidad estatal demandada y en consecuencia, pidió se ordenara el reconocimiento y pago de los sobrecostos –junto con los intereses moratorios– que le generó la no actualización del valor del anticipo una vez se ordenó la reiniciación de las obras; ello con fundamento en el hecho de que la entidad pública suscribió el acta de inicio del contrato sin contar con los predios para dar marcha al proceso constructivo, lo cual acarreó mayor permanencia del contratista en la obra y mayores costos, representados en personal administrativo y arrendamiento de inmuebles.</p>
<b>Razón de la decisión</b>	<p>Argumentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. En el caso era aplicable la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que las partes contratantes, al celebrarlo, no habían observado el principio de planeación y, por consiguiente, se presentaba un objeto ilícito por infringir los artículos 209, 331 y 341 superiores; los numerales 6, 7 y 11-14 del artículo 25; el numeral 3 del artículo 26, los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y el artículo 2 del Decreto 1 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el objeto de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses colectivos.</li> </ol>
<b>Corporación</b>	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
<b>Fuente</b>	Radicado No. 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809), 20 de marzo de 2014.

De los casos expuestos, entre otros muchos, se puede afirmar que el principio de planeación constituye una auténtica norma de orden público, lo cual genera que su inobservancia sea constitutiva de la declaratoria de nulidad de los negocios jurídicos. En otros términos, al ser el principio de planeación de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en sus contratos estatales, los contratos estatales celebrados sin el cumplimiento de aquel requisito se tornan nulos por objeto ilícito, dada su obligatoriedad.

En este orden de ideas, ha señalado el Consejo de Estado al dar cumplimiento a un fallo de tutela proferido por la Sección Cuarta de aquel tribunal y en el cual se le ordenaba volver a decidir un caso en el cual había declarado la nulidad del contrato por objeto ilícito al no cumplirse de forma específica con el principio de planeación:

En primer lugar [...] no es un elemento necesario para la configuración de la nulidad absoluta que alguna o todas las partes contractuales conozcan el vicio, puesto que como lo que se protege con esa sanción es el orden público y las normas imperativas, es decir el interés general, no es tolerable ignorancia o desconocimiento alguno para eludir su protección pues lo contrario implicaría privilegiar el interés individual de quien dice desconocer o ignorar, en franco detrimento del interés general, lo cual es del todo inadmisibles [...] Cuestión diferente es que del conocimiento o de la ignorancia del vicio se deriven algunos efectos que en verdad no atañen a la estructuración de la nulidad absoluta sino a las consecuencias que produce su decreto judicial, puntualmente en lo que se refiere a las restituciones mutuas, tal como es fácil advertir con sólo darle lectura al artículo 1525 del Código Civil, empero esto en modo alguno enerva la configuración de la invalidez [...] En segundo lugar los artículos 6º y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que “[...] en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa [...]” y que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación [...]”, lo que se traduce en que los artículos 1521, 1523 y 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio son solamente aplicaciones concretas de ellos y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente. Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una

nulidad absoluta por objeto ilícito [...] Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada (sic) sin ninguna consecuencia [...] Así que no es cierto que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que “es nulo”, como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba [...] Así que tampoco es cierto [...] que el desconocimiento del principio de planeación del contrato estatal jamás puede conducir a una nulidad absoluta por objeto ilícito, aunque por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto, toda vez que las falencias que producen ésta mácula en el contrato de la administración son aquellas que desde el momento de su celebración ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo [...]”<sup>61</sup>.

Nótese que la fundamentación para la declaratoria de nulidad de los contratos estatales por vía judicial y además de forma oficiosa, recae en una serie de elementos que acertadamente expone el fallo en cuestión, siendo un punto importante de resaltar que, aquellos negocios jurídicos resultan ser nulos por la inobservancia de la imperativa obligación de materializar el principio de planeación.

Así concluye la Sección Tercera del Consejo de Estado, que la viabilidad en la declaratoria de aquella sanción judicial se da cuando concurren diversos elementos como son los siguientes: (i) partiendo de la premisa de que lo que se busca es garantizar el interés general, no es requisito indispensable el conocimiento o desconocimiento que tengan las partes que conforman los extremos del negocio jurídico, respecto de la ilegalidad o de la falta e indebida planeación; (ii) que de acuerdo con las normas sustanciales que gobiernan los contratos estatales, esto es, las normas civiles y comerciales, toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta,

61 Sentencia del 20 de octubre de 2014. Referencia: Radicado No. 66001233100019990043501(24809). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

siempre y cuando el precepto normativo no implante una consecuencia jurídica diferente; (iii) que la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato como lo es el estatal, no se da única y exclusivamente por una disposición normativa que así lo señale, sino además por normas jurídicas de contenido y textura abierta que manden o prohíban una actuación; (iv) que como consecuencia de lo anterior y en la misma línea interpretativa, el desconocimiento del principio de planeación del contrato estatal, al ser una norma jurídica de contenido abierto y obligatorio, puede traer como consecuencia la nulidad absoluta del negocio jurídico estatal, teniendo como causal la estructuración de un objeto ilícito; y (v) que a pesar de que la deficiente aplicación del principio de planeación puede traer como consecuencia la declaratoria de nulidad absoluta del respectivo negocio jurídico *per se*, quiere ello significar que cualquier deficiencia en la aplicación de aquel principio trae como consecuencia *sine qua non* la declaratoria de nulidad absoluta, siendo en este campo indispensable y necesario que aquella deficiencia sea tan grosera, palpable y visible que implique desde la celebración<sup>62</sup> que el objeto del negocio jurídico no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y, por ende, habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobre costos en que habrá de incurrirse por el retardo.

Estos elementos de los cuales habla el Consejo de Estado deben ser evaluados y revisados por el operador judicial en cada caso particular, so pena de satanizar cualquier deficiencia en la aplicación del principio de planeación y que traiga con ello la declaratoria judicial oficiosa de nulidad absoluta del contrato, pues una posición en ese sentido desvirtuaría el postulado superior de seguridad jurídica<sup>63</sup>.

62 A diferencia de lo establecido por el Consejo de Estado la deficiencia en la aplicación del principio de planeación no únicamente puede observarse al momento de celebrar el respectivo negocio jurídico, sino además desde el propio proceso de selección, así por ejemplo cuando se observa que el plazo establecido para la ejecución no resulta ser el suficiente para garantizar el cumplimiento del objeto encomendado, o el precio asignado al contrato no es suficiente para la realización de la obra o servicios, o cuando se observa que los planos y diseños no se encuentran acorde con las situaciones requeridas para dar cumplimiento al objeto contractual.

63 En relación con el concepto de seguridad jurídica, este se puede definir como un principio insertado en el ordenamiento jurídico, el cual puede aplicarse como un instrumento que conduce al análisis del derecho y sus instituciones. Por otra parte, la Corte Constitucional al exponer este concepto ha dicho que es un principio que atraviesa la estructura del Estado de derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede

Otro aspecto importante en este tema tiene que ver con las consecuencias que trae consigo la declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal de oficio, pues al declararse tal situación por el juez contencioso administrativo, ello automáticamente implica que aquel negocio nunca existió y en consecuencia las situaciones dadas al amparo contractual deben desaparecer<sup>64</sup>.

Así, parte de una lógica el Consejo de Estado, la cual se expone de la siguiente manera: con la declaratoria de nulidad absoluta del negocio jurídico por causa ilícita, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que recibió como prestación durante la vigencia del acto contractual, prescripciones estas que no responden a una construcción jurisprudencial del Consejo de Estado, sino a la aplicación de las normas sustanciales que determinan las consecuencias retroactivas respecto a esta institución jurídica y que están contenidas en las

---

invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. "En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. En el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas (C.P. arts. 160, 162, 163, 166, entre otros) o constituyentes (C.P. Art. 375), para intentar ciertas acciones públicas (C.P. art. 242 numeral 3), para resolver los juicios de control constitucional abstracto (C.P. art. 242 numerales 4 y 5). En el ámbito legal, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y de seguridad social, penal y Contencioso Administrativo), así como en materia administrativa (en particular, Código Contencioso Administrativo). [...] La existencia de un término para decidir, garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectarán sus pretensiones". Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-502 de 2002. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

64 En este punto resulta vital anotar que para la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no son compatibles o similares la declaratoria de nulidad judicial del negocio jurídico estatal y la inexistencia del contrato público, pues considera que este último evento, se da cuando falta uno de los elementos necesarios para estructurar el negocio público estatal, esto de conformidad con las exigencias establecidas en las leyes civiles y comerciales y las propias del estatuto contractual estatal, lo cual en sede judicial no busca declarar aquella situación, sino únicamente y no menos importante, constatarla. Entre otros pronunciamientos relacionados con la inexistencia del contrato estatal, según los requisitos formales y materiales que reclaman las normas legales aplicables a los contratos estatales, pueden consultarse los siguientes: (i) Sentencia del 30 de julio de 2008. Referencia: Radicado No. 07001-23-31-000-1996-00511-01(15079). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra; (ii) Sentencia del 5 de octubre de 2005. Referencia: Radicado No. 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra; y (iii) Sentencia del 30 de enero de 2013. Referencia: Radicado No. 85001-23-31-000-2000-00239-01(21130). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C. P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

normas civiles y comerciales<sup>65-66</sup>, aplicables por remisión expresa a los contratos que celebra el Estado.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado ha establecido a través de sus pronunciamientos aplicables a casos, diferentes hipótesis al tema –las cuales se exponen en las siguientes líneas– y que no son propias de la declaratoria de nulidad por objeto ilícito por indebida o falta de planeación, sino que responden a las consecuencias de la declaratoria judicial en general.

Según una primera posición, expresa el Consejo de Estado que las consecuencias de la declaratoria de nulidad absoluta acarrearán jurídicamente –para las partes que celebraron el negocio jurídico– el restablecimiento de las prestaciones, lo cual podrá ser de aquella manera cuando por ejemplo el Estado ha entregado recursos al contratista y este no los ha utilizado en actividades propias de la obra, bien o servicio.

La Sección Tercera del Consejo de Estado puntualizó:

[...] es consecuencia obligada la revocación de la sentencia apelada para en su lugar decretar la nulidad absoluta del mencionado contrato y en este sentido se decidirá.

Ahora, como la administración le entregó al contratista la suma de \$11'367.829,75 a título de anticipo, se ordenará que este la restituya debidamente actualizada, teniendo en cuenta que se trata de un decreto oficioso de nulidad y que la entidad estatal no se ha beneficiado toda vez que el interés público no se ha satisfecho en medida alguna ya que el puente contratado no se construyó ni siquiera parcialmente.

De otro lado, de no ordenarse la restitución del anticipo, el contrato cuya nulidad aquí se decreta terminaría en la práctica produciendo un efecto como si fuera válido y, lo que es peor, en detrimento del patrimonio público [...]<sup>67</sup>.

Una segunda posición del Consejo de Estado es que las consecuencias de la declaratoria de nulidad absoluta acarrearán jurídicamente –para las partes que

65 Respecto a las causales de la nulidad de los contratos estatales y sus consecuencias puede consultarse: Jorge Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 678-94.

66 Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Vol. II* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 749-61.

67 Sentencia del 24 de abril de 2013. Referencia: Radicado No. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



celebraron el negocio jurídico— el restablecimiento de las prestaciones mutuas, salvo que el Estado como titular y buscador de los fines estatales y el interés general haya obtenido algún beneficio por parte del contratista, por la existencia del contrato estatal anulado.

Declara la Sección Tercera del Consejo de Estado que:

Como lo expresa la Sala, “La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada —o la cláusula pactada cuando el vicio de nulidad absoluta recae solamente sobre alguna de ellas—, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado; cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual”.

En efecto, la declaración de nulidad absoluta de los contratos retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad a la celebración de los mismos, y en consecuencia, se impone la obligación de reintegrar lo recibido, “inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar [...] pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse”.

A propósito de los contratos sobre los que versa el caso *sub lite*, se tiene que si bien las obras no fueron totalmente ejecutadas, la administración adelantó unos pagos a título de anticipo que fueron efectivamente cobrados, y el contratista incurrió en algunos gastos con ocasión del inicio de la ejecución de las obras. Así las cosas, la Sala entiende que el contratista habrá de restituir los anticipos y la administración habrá de reconocer los gastos probados en el proceso [...] <sup>68</sup>.

En otro fallo la Sección Tercera del Consejo señaló: “Ahora, como finalmente la Entidad Estatal se benefició toda vez que las prestaciones cumplidas por el contratista le sirvieron para satisfacer el interés público mediante la construcción de

68 Sobre la posición en la cual pueden existir restituciones mutuas, véase Sentencia del 31 de enero de 2011. Referencia: Radicado No. 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz.

la obra contratada, aunque tardíamente, no hay lugar a ordenar restitución alguna dando así aplicación a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 [...]”<sup>69</sup>.

Existe una tercera posición que resulta ser obvia y tiene que ver con la inexistencia de restitución de prestaciones a favor de alguna de las partes del negocio jurídico, lo cual puede tener génesis en dos hipótesis: la primera relacionada con que en realidad no exista ninguna restitución que realizar y la segunda, con la falta demostrativa o probatoria dentro del trámite judicial de la existencia de algo que restituir<sup>70</sup>.

Como corolario de lo mencionado en líneas anteriores, se tiene que es una de las posiciones del Consejo de Estado que la aplicación ineficiente o inexistente del principio de planeación en la esfera de los contratos administrativos, conduce indefectiblemente a la declaratoria judicial de nulidad de los negocios jurídicos estatales por objeto ilícito, como postulado legal, tanto desde el punto de vista del EGCAP como de las fuentes formales y sustanciales de los contratos estatales, esto es, las normas civiles y comerciales.

No obstante aquella posición, lo cierto es que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido unos elementos y criterios que determinarían ante un evento específico, si respecto de un contrato y según este entendimiento, puede darse una declaratoria de nulidad de forma oficiosa, cuando aquel instrumento haya sido constituido con desconocimiento del principio de planeación en materia de compras públicas.

Finalmente resulta importante señalar que las consecuencias que trae consigo la declaratoria de nulidad judicial de un contrato estatal por violación del principio de planeación, como principio medular de la actividad contractual, son un tema de análisis en cada caso concreto, dadas las múltiples consecuencias presentadas anteriormente.

69 Sentencia del 13 de junio de 2013. Referencia: Radicado No. 66001-23-31-000-1998-00685-01(26637). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

70 En cuanto a pronunciamientos del Consejo de Estado en los cuales a pesar de la existencia de declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal no se ordena la restitución véanse: (i) Sentencia del 28 de mayo de 2012. Referencia: Radicado No. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio; y (ii) Sentencia del 28 de marzo de 2012. Referencia: Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En este contexto, le corresponde al juez efectuar el análisis respectivo a partir de los criterios y escenarios que propone el Consejo de Estado, los cuales como ya se indicó, responden a las consecuencias propias establecidas en las normas sustanciales que regulan los contratos estatales, esto es, por una parte, las normas civiles y comerciales y por otra, las que instituye de forma puntual el EGCAP.

### **Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo**

El principio de planeación ha sido concretado por el juez contencioso administrativo, en este caso por el Consejo de Estado, a lo largo de los años transcurridos desde la expedición del actual Estatuto Contractual. En ese sentido ha definido su alcance, concepto y aplicación en la esfera de las compras públicas, más allá de la descripción normativa establecida en el EGCAP.

Dicha visión del fallador administrativo ha puesto de presente el contenido filosófico del Estatuto Contractual y según esa hermenéutica, ha construido parámetros respecto de la aplicación práctica del principio de planeación en materia de compras públicas.

La construcción judicial de este principio con sus particulares matices, ha contribuido significativamente a su entendimiento en la práctica administrativa, más allá de la regulación legal. Para el Consejo de Estado esta norma de conducta resulta ser de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual, no porque lo disponga la ley, sino porque los objetivos que se persiguen a través de la compra pública materializan los fines públicos y el interés general en un Estado social de derecho como el colombiano.

De la mano del concepto teleológico que le ha imprimido el Consejo de Estado al tema de planeación en materia de compras públicas, también ha establecido algunos parámetros que notoriamente han transformado el entendimiento que se tenía sobre el mismo hace algunos años. Estos parámetros se concretizan en algunos supuestos que se mencionan a continuación:

Por una parte, en la aplicación de la norma de conducta en algunos casos por los partícipes del sistema, especialmente en lo que se refiere a los proponentes y posteriormente al contratista, lo que ha implicado la transformación judicial en materia de responsabilidad, pues hoy por hoy, aquellos sujetos pueden ser

responsables por la infracción al principio en estudio, con las particularidades de cada caso.

En lo tocante a esta interpretación, se considera aquí que para el establecimiento de la misma, aún el Consejo de Estado no ha definido con absoluta claridad cuándo es predicable tal idea, pues los criterios expuestos resultan ser sumamente subjetivos y no brindan criterios que permitan garantizar un marco óptimo de seguridad jurídica.

Por otra parte, el juez contencioso ha indicado en algunos casos, que la infracción al principio de planeación en materia de compras públicas, dado el objeto que se persigue con la aplicación del mismo, genera nulidad absoluta del contrato estatal sometido a su conocimiento.

En esta construcción jurisprudencial, que por más valga señalar ha sido fuertemente discutida, aún persisten algunos criterios por definir para su aplicación judicial *in extenso* por los jueces contenciosos, pues es necesario que el juez puntualice los elementos que determinarían la declaratoria. Se reitera que no cualquier incumplimiento del principio automáticamente implicaría la declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, es importante señalar que como toda declaratoria de nulidad judicial de los negocios jurídicos, aquella posee consecuencias que parten de la aplicación de las normas jurídicas que establecen las mismas y las cuales en materia de contratación pública, se encuentran contenidas en las normas sustanciales que regulan los contratos estatales, esto es, por una parte, las normas civiles y comerciales y por otra, las establecidas de forma puntual en el EGCAP.

No obstante, resulta plausible indicar que la construcción efectuada por el Consejo de Estado, como máximo órgano contencioso, ha contribuido de forma categórica a entender y aplicar en sede administrativa el principio de planeación, como presupuesto necesario para efectuar adecuadamente la compra pública.